



Roj: **SAP BI 1316/2007 - ECLI: ES:APBI:2007:1316**

Id Cendoj: **48020370022007100211**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Bilbao**

Sección: **2**

Fecha: **08/06/2007**

Nº de Recurso: **200/2007**

Nº de Resolución: **348/2007**

Procedimiento: **Rollo apelación abreviado**

Ponente: **MARIA JESUS REAL DE ASUA LLONA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

OFICINA COMUN DE TRAMITACION PENAL

TRAMITAZIO PENALEKO BULEGO KOMUNA

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BIZKAIA. Sección 2ª

BARROETA ALDAMAR 10 3ª Planta- C.P. 48001 Tfno.: 94-(4016668 )

Rollo Abreviado nº 200/07-2ª

Procedimiento nº 162/06

Jdo. de lo Penal nº 2 (Bilbao)

**SENTENCIA NUM. 348/07**

ILMAS. SRAS.

PRESIDENTE: DÑA. MARÍA JESÚS ERROBA ZUBELDIA

MAGISTRADA: DÑA. RUTH ALONSO CARDONA

MAGISTRADA: DÑA. MARÍA JESÚS REAL DE ASÚA LLONA

En BILBAO, a ocho de junio de dos mil siete.

VISTOS en segunda instancia, por la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Bilbao, los presentes autos de Procedimiento Abreviado, seguidos con el número 162/06 ante el Jdo. de lo Penal nº 2 (Bilbao) por presunto delito de CONTRA LA **PROPIEDAD INTELECTUAL**, contra Bruno , nacido en Congo el 1.4.1981, hijo de Malik y Saynabu, con NIE NUM000 , sin antecedentes penales; representado por la Procuradora Sra. Lidia Zabala Salegui y asistido por el Letrado Sr. Iban Cordoba Ayarza; como parte acusadora, EL MINISTERIO FISCAL.

Expresa el parecer de la Sala, como Magistrado Ponente, la Iltrta. Sra. Dña. MARÍA JESÚS REAL DE ASÚA LLONA.

#### **ANTECEDENTES**

PRIMERO.- Por el Juzgado de lo Penal nº 2 (Bilbao) de los de dicha clase, se dictó con fecha 30 de enero de 2007 sentencia, cuyos hechos probados son del tenor literal siguiente:

"UNICO: Son hechos probados y así se declara que hacia las 22:24 horas del día 6 de febrero de 2005, Bruno , mayor de edad, sin antecedentes penales y en situación regular en España, con conocimiento de su carácter de copias falsas y guiado por el propósito de beneficiarse económica e ilícitamente, se encontraba en el interior del Bar Indalo, sito frente al nº 24 de la Avda. Julián Gayarre de Bilbao, ofertando a los clientes CDs de música y de películas no originales de diferentes autores, siéndole incautados, concretamente, por los agentes de la Policía Local de Bilbao nºs NUM001 y NUM002 , sesenta y ocho copias ilegales en formato de discos



compactos y cuarenta y dos copias ilegales de películas no habiendo sido autorizada su reproducción por los productores titulares legales de los fonogramas."

La parte dispositiva o Fallo de la indicada sentencia dice textualmente: "PRIMERO. Condeno a Bruno como autor de un delito contra la **propiedad intelectual**.

SEGUNDO. Impongo al condenado la pena de SEIS MESES DE PRISION, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y MULTA DE DOCE MESES, a razón de 2 euros/día, con aplicación del artº 53 C.P. en caso de impago.

Además indemnizará a la S.G.A.E., en el perjuicio causado que se acredite en ejecución de sentencia, una vez que aquella Sociedad pruebe que los autores y editores de la música o películas aprehendidas, están a ella asociados.

TERCERO. Impongo al condenado el pago de las costas."

SEGUNDO.- Contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación por la representación de Bruno en base a los motivos que en el correspondiente escrito se indican y que serán objeto del fondo del recurso.

TERCERO.- Elevados los Autos a esta Audiencia, se dió traslado de los mismos al Magistrado Ponente a los efectos de acordar sobre celebración de vista y, en su caso, sobre admisión de la prueba propuesta.

CUARTO.- No estimándose necesaria la celebración de vista, quedaron los autos vistos para sentencia.

Se dan por reproducidos los Antecedentes de la sentencia apelada.

## HECHOS PROBADOS

No se aceptan los de la resolución impugnada que se sustituyen por los siguientes.

El día 6 de Febrero de 2.005, sobre las 22:24 horas, cuando Bruno se encontraba en la Avda. Julián Gayarre de Bilbao, le fueron incautados por agentes de la Policía Local, setenta y ocho copias en formato de discos compactos y cuarenta y dos copias de películas que en ese momento portaba, los cuales estaba vendiendo en la vía pública.

## RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Por parte de la representación procesal de Bruno se interpone recurso de apelación contra la sentencia condenatoria dictada en la instancia, alegando error en la valoración de la prueba y vulneración del principio de presunción de inocencia, por considerar sustancialmente que no concurren los elementos del tipo del artículo 270 CP.

El Ministerio Fiscal, por su parte, se opone al recurso formulado e interesa la confirmación de la resolución impugnada, conforme a sus propios fundamentos jurídicos.

SEGUNDO.- Así planteados los términos de la cuestión sometida a nueva consideración en esta segunda instancia, el recurso se adelanta estimado, por las razones que se pasan exponer.

En primer lugar se ha de significar que ni escrito de acusación del Ministerio Fiscal ni tampoco la sentencia apelada precisan en su redacción de qué títulos se trata ni quién es el autor o titular de la **propiedad** sobre los mismos. El primero solicita la comparecencia en el acto del juicio oral de la representante legal de la Sociedad General de Autores y Editores, Dña María Angeles, cuyos derechos sobre las obras reproducidas se desconocen y que además no compareció al acto del juicio oral.

De todo ello se extrae que la investigación y plasmación de los resultados en forma de acusación y hechos por los que se da lugar a la condena no puede ser más rutinaria, en consonancia, sin duda, con el conocimiento por el ciudadano común de qué clase de producto se vende en las condiciones en las que fue detenido el acusado. Sin embargo, la condena penal por un delito contra la **propiedad intelectual** precisa de algo más, sin que baste con dar todo (falsedad, falta de autorización y perjuicio) por supuesto, precisamente con base en esa especie de conciencia colectiva sobre la cuestión, por lo que simplemente ésto bastaría para el dictado de una sentencia absolutoria.

TERCERO.- Expuesto lo anterior tampoco puede dejar de significarse que efectivamente esta Sala ya ha venido sosteniendo en varias resoluciones, -siguiendo la línea jurisprudencial de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, de 26.7.2.002; de la Audiencia Provincial de Sevilla de 14.2.2.003; o la más reciente de la Audiencia Provincial de Barcelona de 31.1.2006 y de la Sección Sexta de esta misma Audiencia Provincial de fecha 4.11.2005; 21 y 30.6.2006; 4 y 7.7.2006; 24.11.2006 y 6.2.2007 -, en las que entrando en el fondo de la



cuestión y aplicando el artículo 270.1 del CP , consideran atípica la venta callejera de DVD y CDS, esto es, la mera actividad de estar situado en una zona pública poniendo a disposición de terceros adquirentes productos que integren una copia no autorizada de CDS musicales y DVDS de películas, como copias sin la autorización de sus titulares y en la pequeña cuantía que suele ser el CDS, siendo los autores ordinariamente alcanzados y detenidos ocupándoseles todo el material aprehendido.

Dicha línea jurisprudencial se basa en el artículo 25 de la Constitución Española que se refiere al principio de legalidad y dice que nadie puede ser condenado por un hecho que no esté tipificado en el Código Penal, lo que determina la interdicción de una interpretación extensiva de los tipos penales, consecuencia del precitado principio, así como la taxatividad de los tipos penales, es decir, que sólo es ilícito penal, aquella conducta que el Código Penal o las leyes penales especiales, definen como delito o falta.

Así las cosas, el artículo 270.1 sanciona como constitutivas de delito, 1º :- La reproducción; 2º.- El plagio; 3º.- La distribución y 4º.- La comunicación pública, en todo o en parte, de una obra artística, literaria o científica amparada por un derecho de exclusividad, sin la autorización del titular del derecho, con la lógica consecuencia que lo que se imputa a Mbagnick Diop, sería la distribución, en este caso concreto la venta callejera, el denominado top manta que aunque resulte ocioso decirlo, se trataría del último eslabón de la cadena de distribución. Pero es que ¿puede entenderse como de distribución la conducta llevada a cabo por el imputado? En este sentido la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 30.1.2.006 ya citada, dice muy acertadamente que los tipos de los artículos 270 a 276 del Código Penal , referidos a la **propiedad intelectual** e industrial, son normas penales en blanco que deben ser completadas con las normas que regulan los derechos de la **propiedad intelectual**, algo muy semejante a lo que ocurre igualmente con los tipos de los artículos 311 a 318 del mismo Cuerpo Legal referidos a los delitos contra los derechos de los trabajadores, que han de ser complementados con las normas que regulan el ámbito laboral .

En este sentido, en principio la distribución en el ámbito mercantil no comprende la venta al detalle. El distribuidor es un intermediario entre el productor y el vendedor. El artículo 19 de la Ley de **Propiedad Intelectual** define la distribución como la puesta a disposición del público del original y copias de la obra mediante su venta, alquiler, préstamo o cualquier otra forma, ostentando el titular del derecho en exclusividad el derecho de explotación de la obra, en el que se comprende, además de la reproducción, comunicación pública y transformación, la distribución y si esta actividad no está autorizada por el titular del derecho, supone una infracción del derecho de **propiedad intelectual**, pero no toda infracción del derecho de **propiedad intelectual** es constitutiva de delito, por cuanto que de aceptarse tal tesis, se vaciaría de contenido el ámbito de protección conferido a sus titulares por la Ley de **Propiedad Intelectual** e Industrial. Pero es que lo que define el citado artículo 19 L.P.I . como distribución tampoco comprende en ningún caso, la venta al por menor, que es objeto del presente procedimiento, de forma tal que si ni tan siquiera en términos mercantiles, encajaría esta conducta con la de distribución, mucho menos puede tener encaje penal.

La conducta sancionada en el artículo 270 del CP , completada con la norma mercantil como distribución de la obra amparada por el derecho de exclusividad, comprende el derecho a vender la obra con ánimo de lucro, de modo que en principio, cualquier venta de una obra artística, en cualquier tipo de soporte, no autorizada por el titular, supone una infracción del derecho de la **propiedad intelectual**. Ahora bien como ya se ha dicho anteriormente, el delito sólo lo configuran aquellas conductas infractoras de los derechos de las **propiedades intelectuales** e industriales que por su gravedad trasciendan del ámbito mercantil y justifiquen la aplicación del tipo penal.

En el supuesto que aquí nos ocupa se trata del último eslabón de una conducta. Contra la venta callejera de estos productos, por personas que sólo buscan una manera de ganarse la vida, la lucha no pasa , a juicio de esta Sala, por la aplicación del derecho penal, sino por la de normas de orden público que impidan este tipo de ventas, debiendo entrar en juego las normas administrativas sancionadoras , a través del cumplimiento de las respectivas ordenanzas municipales que de manera general prohíben la venta ambulante o descontrolada, pero la conducta imputada a Bruno , no es por todo cuanto antecede constitutiva de infracción penal alguna, jurisdicción ésta que como es sabido se halla regida por el principio de intervención mínima y ultima ratio.

Por todo ello, sólo las conductas de mayor entidad que la que nos ocupa han de tener una respuesta penal, siendo el ámbito administrativo el competente la reprimir este fenómeno del top manta, máxime cuando la reciente modificación del Texto Refundido de la **Propiedad Intelectual**, aprobado en su día por el Real Decreto Legislativo 1/1.996 de 12 de Abril , ha sido modificado recientemente por la Ley 19/06, de 12 de Abril, y en su artículo 139, apartado 1 , contempla la retirada del comercio de ejemplares ilícitos y su destrucción a costa del infractor, en tanto que su artículo 140 regula, de forma detallada, la indemnización de daños y perjuicios debida al titular del derecho infringido. La existencia de estos procedimientos como adecuados para el resarcimiento del derecho afectado es la más idónea y no la persecución penal del último eslabón de la cadena de infracción, es decir, la criminilización del más débil.



En el caso de autos, tampoco puede dejar de significarse que la condena conforme al artículo 270 CP , por el concepto de distribución precisa, al menos, del conocimiento y establecimiento de qué "obra literaria, artística o científica" o su "interpretación o ejecución artística", en los términos del precepto, ha sido objeto de la conducta típica. Habrá de ser conocido igualmente el dato de la titularidad a fin de establecer la falta de autorización y el perjuicio, exigencias que igualmente contempla el artículo mencionado. Nada de ello puede extraerse de lo acontecido en el juicio oral, por lo que es el mismo aspecto objetivo del tipo el que queda además en entredicho.

En consecuencia y por todo cuanto antecede, procede revocar íntegramente la resolución impugnada y derivadamente de ello estimar el recurso planteado, absolviendo al recurrente, condenado en la instancia, del delito por el que venía siendo acusado, con declaración de oficio de las costas devengadas en ambas instancias, según previenen el artículo 123 CP y los artículos 239 y ss. LECrim .

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

### **FALLAMOS**

Que ESTIMANDO el Recurso de Apelación formulado por parte de Bruno contra la Sentencia de fecha 30 de Enero de 2.007, dictada por el Juzgado de lo Penal nº 2 de los de Bilbao en el Procedimiento Abreviado nº 162/06 del que el presente Rollo de Apelación 200/07 dimana, DEBEMOS REVOCAR Y REVOCAMOS LA MISMA ABSOLVIENDO al recurrente del delito por el que venía siendo acusado, con declaración de oficio de las costas devengadas en ambas instancias.

Notifíquese la presente resolución al ministerio Fiscal y demás partes personadas, con la advertencia de que la misma no es susceptible de recurso ordinario alguno.

Devuélvanse los autos al Juzgado de procedencia, con testimonio de la presente resolución, para su conocimiento y cumplimiento.

Así por esta sentencia, definitivamente juzgado, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.